

## Aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor

NELSON NERY JÚNIOR

Procurador de Justiça — SP

Professor de Direito Civil e Processual Civil da PUC-SP

### I. Código de Defesa do Consumidor e ideologia

1. **Gênese do Código de Defesa do Consumidor.** Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, temos observado que o processo legislativo vem sofrendo desvirtuamento, na medida em que a maioria das leis que têm sido aprovadas provém de medidas provisórias baixadas pelo Presidente da República, reduzindo o poder do Congresso Nacional na discussão e aprovação dessas medidas.

Ao contrário dessa rotina preocupante, a lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) é uma das mais democráticas leis editadas no Brasil nos últimos tempos. Assim que promulgada a Constituição Federal, o Ministério da Justiça, por meio do então Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), nomeou comissão de profissionais do direito, da qual tivemos a honra de participar, para elaborar Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, em atendimento ao art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O anteprojeto foi publicado no Diário Oficial da União de 04.01.1989. Com base nele vários parlamentares, entre Senadores e Deputados Federais, apresentaram projetos de lei instituindo o Código de Defesa do Consumidor.

Em face dos numerosos projetos existentes no Congresso Nacional, foi criada Comissão Mista para unificá-los consolidando-os num único projeto. Essa comissão, presidida pelo então Senador Agripino Maia (PFL-RN), partiu do texto do Projeto de lei n.º 1.149/88, do Deputado Geraldo Alckmin (PSDB-SP) e recebeu sugestões de todo o País, apresentadas por entidades do setor produtivo e de proteção do consumidor. Foram realizadas sessões públicas nas quais foram discutidos todos os pontos dos projetos com os envolvidos nas relações de consumo. Foram colhidos depoimentos públicos da FIESP, CNI, ANFAVEA, ABINEE, ABRAS, CONAR, OAB (Conselho Federal), dos PROCONs, do Ministério Público etc. Ao final de todo esse debate prévio, democrático, o relator da comissão mista, Deputado Joaci

Góes (PSDB-BA), apresentou a opinião consolidada da maioria, consubstanciada num novo substitutivo de Código de Defesa do Consumidor. Esse substitutivo foi levado à discussão do plenário da Câmara e, posteriormente, do Senado Federal, tendo sido aprovado com emendas e sancionado como Lei n.º 8.078, de 11.09.1990.

Do ponto de vista jurídico, o Código foi amplamente discutido em dois congressos internacionais de direito do consumo realizados em São Paulo (maio/junho de 1989) e Rio de Janeiro (setembro/1990). Foram acolhidas sugestões dos professores Eike von Hippel (Alemanha), Norbert Reich (Alemanha), Thierry Bourgoignie (Bélgica), Jean-Calais Auloy (França), Mario Frota (Portugal), Edwoud Hondius (Holanda), dentre outros, vale dizer, sugestões das maiores autoridades mundiais em direito do consumo, todos unânimes em reconhecer o Código de Defesa do Consumidor brasileiro como lei moderna e tecnicamente adequada à realidade atual das relações de consumo. Essas sugestões foram bem acolhidas porque o direito do consumo é ramo novo do direito, ainda em elaboração, sendo necessária a contribuição da comunidade jurídica internacional para seu aprimoramento. Convém frisar que essas contribuições não tornaram o Código "europeizado", pois está adaptado à realidade nacional de País do terceiro mundo. Nesses congressos foram ouvidas também opiniões de juristas nacionais, do quais se destacam os Profs. Fábio Konder Comparato, Alcides Tomasetti Junior, Waldírio Bulgarelli, Rachel Sztajn e Carlos Alberto Bittar.

Este o quadro dos debates desenvolvido política e juridicamente em torno do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

**2. Objetivo do regulamento do CDC.** As relações de consumo (relações jurídicas entre fornecedor e consumidor tendo como objeto o produto ou o serviço) estavam desequilibradas no mercado, estando o consumidor sem recursos legais hábeis a torná-lo tão forte quanto o fornecedor. O Código veio para regulamentar essa relação, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um em detrimento do outro sujeito da relação de consumo. Em suma, o Código não veio para punir o empresário, mas para dotar o consumidor de maior poder de negociação quando da patologia da relação de consumo.

**3. Filosofia do CDC.** É preciso que se diga, por primeiro, que a defesa do consumidor é instrumento da livre iniciativa e só existe em países de economia de mercado. As economias estatizadas não se coadunam com defesa do consumidor. Nos países capitalistas, notadamente os mais industrializados (Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Suécia, Canadá, Austrália etc.) é que se tem desenvolvido com maior vigor a defesa do consumidor. O tema não tem, portanto, conteúdo político-ideológico comunista ou socialista.

O Código pretende criar a necessidade de haver mudança de mentalidade de todos os envolvidos nas relações de consumo, de sorte que não mais seja praticada a "Lei de Gerson" no País. O código pretende desestimular o fornecedor do espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, e o consumidor de aproveitar-se do regime do Código para reclamar infundados pretensos direitos a ele conferidos. O magistrado, a seu turno, não pode mais julgar com base nos princípios individualistas do liberalismo do começo do século XIX, que informaram o Códice Napoleón (de 1803) e o nosso Código Civil (1916), que veio de um século de atraso mas calcado naqueles fundamentos do século passado. Deverá, isso sim, julgar de acordo com os modernos princípios de direito do consumo, fulcrados no equilíbrio real da relação de consumo, boa-fé e equidade, princípios esses constantes das novas regras estipuladas pelo CDC.

**4. Principiologia do CDC.** Os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos arts. 1.º ao 7.º do Código. Tudo o mais que consta da lei é, por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais, isto é, uma espécie de pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los. Essas normas não são programáticas desprovidas de eficácia, mas concretas cuja eficácia vem descrita em todo o corpo do Código.

As normas do CDC são de ordem pública e interesse social (art. 1.º). Isso quer dizer, do ponto de vista prático, que o juiz deve apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e pode ser decidida e revista a qualquer tempo e grau de jurisdição. O tribunal pode, inclusive, decidir contra o recorrente, podendo haver *reformatio in pejus* permitida, já que se trata de matéria de ordem pública. Se de interesse social significa que o Ministério Público tem participação obrigatória em todas as ações sobre lides do consumidor (art. 127, *caput*, CF).

Defesa do consumidor não é incompatível com livre iniciativa e crescimento econômico. Ambas as circunstâncias vêm descritas como princípios da ordem econômica constitucional do País (art. 170, CF). Por isso, o CDC traça normas tendentes a compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa (art. 4.º).

A harmonia nas relações de consumo e sua realização sempre com base na equidade e boa-fé (art. 4.º n.º III) são princípios basilares instituídos pelo Código. Tanto assim que o Código trata como nulas as cláusulas contratuais que infringirem, direta ou indiretamente, a equidade e boa-fé (art. 51).

O incentivo à criação, pelos fornecedores, de instrumentos de composição extrajudicial das lides sobre relações de consumo (arbitragem, composição amigável etc.) é fator importante para que somente sejam enviadas ao Judiciário questões de relevância que não puderam ser resolvidas pelas partes envolvidas.

**Consumidor.** Reconhecido como a parte mais fraca nas relações de consumo (art. 1.º da Resolução da ONU sobre os direitos do consumidor; art. 4.º n.º I, do CDC), obviando qualquer alegação de ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput*, CF), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia *real*, *substancial* e não meramente formal). Pode ser pessoa física ou jurídica. O Código contém quatro conceitos de consumidor: a) o conceito padrão ou *standard* (art. 2.º, *caput*), segundo o qual consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto ou utiliza serviço como destinatário final; b) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2.º, parágrafo único), a fim de possibilitar a propositura da *class action* prevista no art. 81, parágrafo único n.º III; c) as vítimas do acidente de consumo (art. 17), a fim de que possa valer-se dos mecanismos e instrumentos do CDC na defesa de seus direitos; d) aquele que estiver exposto às práticas comerciais (publicidade, oferta, cláusulas gerais dos contratos, práticas comerciais abusivas etc.) (art. 29).

**Fornecedor.** Todo aquele que pratica alguma atividade no mercado é fornecedor, notadamente o produtor, o comerciante e o prestador de serviços. Os *bancos* são comerciantes de produtos (art. 119, do Código Comercial; art. 2.º da Lei das SAs) e também prestadores de serviços, de sorte que sempre são considerados fornecedores para o CDC (art. 3.º, *caput*, para o banco comerciante de produtos, e art. 3.º, § 2.º, para o Banco Prestador de Serviços). Dos "produtos" vendidos pelo banco, o dinheiro tem relevância como bem juridicamente *consumível* (art. 51 do Código Civil), como o são as mercadorias em geral. O que se pode discutir quanto

às operações bancárias é se o outro contratante é ou não consumidor. Em resumo, o banco é sempre fornecedor; no entanto, nem sempre seus contratos são contratos de consumo, impendendo-se a analisar se se encontra presente o elemento finalístico caracterizador das relações de consumo (aquisição do produto ou utilização do serviço para **destinação final** do consumidor — art. 2.º, **caput**).

**Dano moral.** O Código permite expressamente a **cumulação** das indenizações por dano patrimonial e moral (art. 6.º n.º VI), acabando com a divergência jurisprudencial existente a respeito.

**Indenização integral.** Não mais são admitidas, no âmbito das relações de consumo, as chamadas indenizações tarifadas, com limites, como por exemplo as previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565, de 19.12.1986), na Lei de Indenização por Acidentes Nucleares (Lei n.º 6.453, de 17.10.1977) etc. O princípio indenizatório do CDC é o da **restitutio in integrum**.

**Responsabilidade objetiva.** Tanto para as indenizações derivadas dos acidentes de consumo (fato do produto) (arts. 12 e 14) como para as decorrentes dos vícios por inadequação (vícios redibitórios) (arts. 18, 19 e 20), o sistema é o da responsabilidade sem culpa, objetiva, fundado no princípio do risco da atividade.

**Profissionais liberais.** A responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, fundada na culpa (art. 14, § 4.º), para cuja verificação incide o princípio do maior favor ao consumidor, que é o da inversão do ônus da prova (art. 6.º n.º VIII).

**Conservação do contrato.** Havendo excessiva onerosidade ou imprevisão, aplica-se a cláusula **rebus sic stantibus** nos contratos de consumo. A solução, entretanto, não é a resolução do contrato, como ocorria anteriormente nos sistemas do Código Civil e do Projeto de Código Civil (n.º 634-B/75) que se encontra no Senado Federal. O sistema do CDC garante, nesses casos, o direito do consumidor à **modificação** ou **revisão** judicial forçada da cláusula contratual, vale dizer, tem ele direito à **manutenção** do contrato. Ocorre, aqui, mitigação do tradicional princípio privatístico do **pacta sunt servanda**, que proporcionava a intangibilidade do contrato.

**Inversão do ônus da prova.** Somente por obra do juiz (**ope judicis**) é que poderá ocorrer a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Em todo caso, somente no processo civil é que esse princípio incidirá. No âmbito criminal a prova cabe a quem acusa. O magistrado, avaliando o caso concreto, poderá ou não inverter o ônus da prova.

Para a prova da publicidade enganosa ou abusiva a inversão não mais é tarefa do juiz, mas se opera **ope legis** (art. 38), cabendo **sempre** ao fornecedor.

**Cobrança de dívidas.** Muito se tem falado sobre o tema, existindo, inclusive, interpretações desarrazoadas no sentido de que o consumidor inadimplente jamais poderia ser cobrado, já que o Código não permitiria a cobrança em seu trabalho, descanso ou lazer (art. 71). Na verdade o consumidor pode sofrer os constrangimentos legais (protesto do título, execução, penhora, falência etc.), sendo vedado expô-lo a constrangimentos ilegais ou a ridículo (art. 42). Poderá ser cobrado, dignamente, em seu trabalho, descanso ou lazer. O Código veda, isto sim, a **interferência** da cobrança em seu trabalho, descanso ou lazer (art. 71). Seria "interferência" proibida, por exemplo, o credor telefonar para o chefe do consumidor dizendo ser ele mau pagador, a fim de constrangê-lo perante seu empregador com a possibilidade, até, de ocorrer dispensa ou demissão do consumidor.



funcionário. Remeter correspondência discreta para o local do trabalho do consumidor é meio normal de cobrança.

**5. Papel do Poder Judiciário no julgamento das lides de consumo.** É importante que o Poder Judiciário acompanhe a evolução da sociedade e se insira no contexto do novo direito: o Direito das Relações de Consumo. O juiz deve adaptar-se à modernidade, relativamente aos temas ligados aos interesses e direitos difusos e coletivos, como, por exemplo, os do meio ambiente e do consumidor. Estes novos direitos não podem ser interpretados de acordo com os institutos ortodoxos do direito, criados para solução de conflitos individuais, que não mais atendem aos reclamos da sociedade. Os princípios individualísticos do século passado devem ser esquecidos, quando se trata de solucionar conflitos de meio ambiente e de consumo.

Exemplo da preocupação do Poder Judiciário com a questão do Direito das Relações de Consumo podemos extrair da iniciativa da Escola Paulista da Magistratura que realizou, no final do mês de março de 1991, curso para magistrados sobre o Código de Defesa do Consumidor, do qual tivemos a honra de participar. Também o II Encontro de Magistrados da Amazônia, patrocinado pela AMB, em abril de 1991, teve o propósito de chamar à modernidade o Poder Judiciário, para que se aparelhe convenientemente para o julgamento das lides de consumo. Seria interessante, por outro lado, que os Tribunais de Justiça dos Estados agilizassem a criação de varas especializadas para julgar esses litígios, atendendo à programação do art. 5.º, n.º IV, do Código.

Sendo o Código composto de normas de ordem pública e interesse social (art. 1.º), ressalta à evidência a importância do papel do Ministério Público nesse campo, que tem o dever institucional constitucional de proteger os direitos coletivos e difusos (arts. 127 e 129, n.º III, CF). O **Parquet** deve desincumbir-se desse mister com o mesmo denodo com que vem defendendo a sociedade promovendo a ação penal e atuando, no cível, na defesa do interesse público. Sua tarefa constitucional de defesa do consumidor não pode ser esquecida nem relegada a plano secundário. As prioridades institucionais do Ministério Público devem levar em conta suas tarefas constitucionais, nas quais se inclui a defesa do consumidor. De consequência, é preciso que esse papel do Ministério Público seja entendido, tanto pela sociedade quanto por aqueles que se encontram envolvidos, de alguma forma, com as relações de consumo (fornecedores, consumidores, Administração Pública e Poder Judiciário).

**6. Críticas ao Código.** Como toda obra humana o Código contém numerosas falhas. Nada obstante, observamos que tem ele sofrido muitas críticas destituídas, no mais das vezes, de seriedade e responsabilidade. Falamos de profissionais de áreas não jurídicas que têm dirigido críticas jurídicas ao Código, sem conhecimento técnico para tanto. Vemos publicitários dizer ser um absurdo a inversão do ônus da prova, comerciantes dizer ser inconstitucional a responsabilidade objetiva, construtores afirmando ser inconstitucional definir-se imóvel como objeto da relação de consumo.

As críticas jurídicas estão sendo feitas, de regra, por juristas não afeiçoados ao Direito das Relações de Consumo. Criticam a parte penal, por conter muitos tipos abertos, sem atentar para o fato de que, em matéria de crimes contra o sistema financeiro (do colarinho branco) e contra as relações de consumo, têm esses tipos, necessariamente, de ser abertos, ou melhor, de conter elementos normativos (tipos anormais, elementos subjetivos do injusto) que pedem valoração normativa pelo juiz, conforme acentuado na mais moderna doutrina do direito penal. Isto vem



afirmado, aliás, pelo Congresso norte-americano, quando da edição do **Federal Trade Commission Act**, em 1914!

Falam que a proibição da publicidade enganosa e abusiva ofenderia o direito de liberdade de expressão, configurando verdadeira censura. Na verdade a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, continua atuando nas relações de consumo. O Código apenas proíbe a publicidade empregada como instrumento de violação dos direitos do consumidor, de modo anormal, vale dizer, quando é enganosa ou abusiva. Isso não inibe a criatividade da publicidade brasileira, uma das melhores do mundo, como não inibiu a criatividade publicitária americana, cujo controle é legal desde a reforma de 1938 no **Federal Trade Commission Act**, de 1914.

Dizem, ainda, ser inconstitucional a parte administrativa do Código por não especificar quando seriam aplicáveis as sanções administrativas. Ao contrário do que afirmam, os parágrafos do art. 56 dizem expressamente quando o poder público pode aplicar a multa, quando a interdição da venda do produto, quando a contrapropaganda etc. Deixou-se, isso sim, a cargo da União, dos Estados e dos Municípios, no âmbito de suas atribuições de poder de polícia, a regulamentação administrativa para a aplicação dessas sanções. No Município de São Paulo editou-se o Decreto n.º 29.590, de 11.03.91, que prevê a competência para aplicação das sanções previstas no Código, depois do regular processo administrativo. Aqui em São Paulo, portanto, o Código já se encontra totalmente aplicável.

O importante é frisar que o Código não nasceu por acaso: foi elaborado por comissão de profissionais do Direito e discutido com a comunidade jurídica nacional e internacional no foro apropriado. As falhas existentes, certamente, encontram-se no varejo, o que não macula a técnica do Código no atacado, reconhecido como ótimo pelos juristas internacionais.

## II. O regime da publicidade

7. **A regulamentação da publicidade.** A publicidade no Brasil não tinha previsão em lei, de sorte que não era regulamentada, até que surgiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulando-a e sistematizando-a do ponto de vista jurídico.

O CONAR (Conselho de Auto-regulamentação Publicitária) podia eticamente tentar retirar de circulação publicidade enganosa ou abusiva, mas não tinha poder de fogo para tanto. Os veículos e os anunciantes não tinham o dever legal de acatar decisão do CONAR.

Os arts. 36 a 38 do CDC regulamentam a publicidade no País, proibindo a publicidade enganosa e a abusiva. Isto não invalida o controle da publicidade que era feito pelo CONAR, órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos, cujo objetivo é coibir, no plano ético, os abusos que eventualmente possam ser provocados pela publicidade no Brasil.

Temos, assim, um sistema misto, que nos parece o ideal, de controle da publicidade: controle legal (CDC) e controle privado (CONAR). As duas formas de controle sobrevivem e são compatíveis entre si.

O CDC não regulou a propaganda (**publicity**), mas apenas a **publicidade** (**advertising**, **Werbung**, **publicité**). Aquela seria a veiculação de idéias de conteúdo político, religioso, ético ou moral; esta, a veiculação com sentido comercial, com o objetivo de fazer o destinatário adquirir o produto ou utilizar-se do serviço.

O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5.º do **Federal Trade Commission Act**, dos Estados Unidos da América, com a emenda de 1938, já previa o controle da publicidade e nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser o país onde mais e melhor se desenvolveram a atividade e a criação publicitárias.

8. **Princípios da publicidade no CDC.** O sistema da publicidade no CDC é informado por alguns princípios básicos: princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36); princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30); princípio da veracidade (art. 37, § 1.º); princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2.º); princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38); princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, n.º XII).

O CDC proíbe a publicidade clandestina bem como a subliminar. O **merchandising** (na acepção vulgar que se tem dado ao termo) não está, em tese, proibido, podendo o anunciante e o veículo valerem-se desse expediente, desde que **previamente** informem o consumidor de que estará vendo a seguir mensagem publicitária, utilizando para tanto o sistema de créditos. Isto porque o CDC exige que a publicidade seja veiculada de tal modo que o consumidor a identifique **imediatamente** como tal.

Também não estão proibidos o **teaser** e o **puffing**, desde que não sejam enganosos nem abusivos. Considera-se **teaser** o prenúncio da mensagem publicitária, quer dizer, é o anúncio do anúncio, gerando no consumidor certa expectativa, a fim de que se torne mais interessante o anúncio que virá em tempo futuro. O **puffing** é o exagero, a publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ser "o melhor produto do mercado", por exemplo.

A publicidade por testemunhos, onde alguém famoso ou influente em algum setor dá sua opinião sobre as qualidades de determinado produto, é permitida mesmo com o inevitável caráter subjetivo do testemunho. A fim de emprestar-se seriedade a esse tipo de publicidade, tem-se exigido que a testemunha efetivamente utilize o produto ou serviço objeto da publicidade.

9. **Publicidade enganosa.** O § 1.º do art. 37 do CDC define o que seja publicidade enganosa, fazendo-o de sorte a orientar o intérprete, pois o conceito legal de abusividade é amplo e flexível. Não se exige prova da enganiosidade real; basta a potencialidade de engano para caracterizar-se a publicidade como enganosa. O **standard** da enganiosidade varia de categoria para categoria de consumidores, não sendo, portanto, fixo.

Em se tratando de anúncio ambíguo, basta que um dos sentidos seja enganoso para que toda a publicidade se caracterize como enganosa.

A publicidade falsa pode ser verdadeira, mas, ainda assim, ser considerada como enganosa, se omitir **dado essencial** para aquele anúncio publicitário. Lembremo do caso do televisor Philips estéreo, que omitia o fato de que era necessário adquirir-se, à parte, decodificador para que a transmissão fosse captada com som estereofônico. É o que se denomina de publicidade enganosa por omissão (art. 37, § 3.º, CDC).

10. **Publicidade abusiva.** A publicidade abusiva vem descrita no art. 37, § 2.º do CDC, que menciona algumas formas apenas, pois seu conceito é igualmente amplo e flexível. Ainda que seja verdadeira, não é permitida.

O Código não proíbe a publicidade de bebidas alcoólicas ou de cigarros. Esse tipo de publicidade deve, contudo, obedecer às regras e princípios legais que informam a atividade publicitária.

**11. Publicidade comparativa.** A publicidade comparativa não está proibida pelo CDC. Ainda que no Brasil não desempenhe papel relevante (nos Estados Unidos chega a dominar 20% dos anúncios publicitários), a tendência moderna é fazer com que aumente sua participação no mercado.

Além dos requisitos normais da veracidade, não abusividade etc., a publicidade comparativa deve, também, ser objetiva, não se admitindo que a comparação seja excessivamente geral. A confrontação dos dados deve ter conteúdo objetivo e exato, não se permitindo que a informação publicitária tenha caráter subjetivo.

O art. 32, do Código de Auto-regulamentação Publicitária editado pelo CONAR, permite a publicidade comparativa, desde que esteja em consonância com o Código da Propriedade Industrial (Lei n.º 5.772, de 21.12.1971). Este diploma garante o direito do uso exclusivo da marca pelo seu titular (art. 59), inclusive no que respeita aos papéis, documentos, expressões ou sinais de propaganda (art. 73 e ss. do CPI), de sorte que a permissão da publicidade comparativa deve ser analisada à luz do caso concreto, levando-se em consideração os aspectos da proteção da marca instituídos pelo Código da Propriedade Industrial.

**12. Sanções administrativas para a publicidade ilegal.** O art. 56, n.º XII do CDC prevê a contrapropaganda (*corrective advertising*, *contre-publicité*, *annonces rectificatives*, *pubblicità correttiva*), que pode ser aplicada como penalidade administrativa ou imposta por ordem judicial, às expensas do anunciante com o mesmo destaque e no mesmo veículo onde se verificou a publicidade enganosa ou abusiva.

Além disso o CDC capitulou como crime promover publicidade que se sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva, punido com detenção de três meses a um ano e multa (art. 67). A publicidade abusiva na modalidade de ser capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança é crime punido de maneira mais grave: detenção de seis meses a dois anos e multa (art. 68).

Importante inovação foi trazida pelo Código no que toca às sanções administrativas. Trata-se da possibilidade, expressamente autorizada, de conceder-se liminar cautelar em processo administrativo, impondo-se desde logo a sanção, em caráter provisório, até o julgamento final do processo administrativo (art. 56, parágrafo único). O poder público pode impor a sanção, liminarmente, sem que seja necessário aguardar-se o desfecho do processo administrativo. Como existe previsão legal para a concessão da liminar cautelar administrativa, não há falar-se em ofensa ao contraditório, mas em limitação imanente do princípio do contraditório, para utilizarmos expressão de autorizada doutrina.<sup>(1)</sup>

**13. Ônus da prova da veracidade ou não abusividade.** O ônus da prova da veracidade da informação publicitária é do fornecedor. Está é a regra especial sobre

1. Ekkehard Schumann, Zivilprozeß und Verfassung, in Stein-Jonas-Schumann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, vol. I, 20.ª ed., Tübingen, Introdução, Comentário n.º 504, pág. 279, que entende não haver violação do princípio do contraditório (*rechtliches Gehör*) a concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária, mesmo que de natureza satisfativa.

a publicidade, que derroga a regra geral de que o ônus da prova é de quem alega, nada obstante haver mitigação dessa regra geral no art. 6.º, n.º VIII, do CDC. Em se tratando de publicidade, a prova da veracidade e não abusividade do anúncio publicitário sempre fica a cargo do anunciante.

**14. Danos decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva.** Podem ocorrer danos morais e patrimoniais derivados da publicidade enganosa ou abusiva. O art. 6.º, n.º VI contém o princípio geral de que os danos devem ser ressarcidos em sua integralidade (*restitutio in integrum*), ao qual se alinha aquele outro princípio da responsabilidade objetiva do fornecedor, que é a regra do sistema do Código, sendo a responsabilidade subjetiva pessoal dos profissionais liberais a exceção (art. 14, § 4.º). A pretensão indenizatória por danos decorrentes da publicidade enganosa ou abusiva pode vir deduzida com a finalidade de obter-se a condenação do fornecedor na indenização dos danos morais e patrimoniais, cumulativamente, conforme permite a norma acima referida.

### III. A defesa do consumidor em Juízo

**15. Disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor e outras normas sobre a tutela processual dos interesses difusos e coletivos.** O Código regula as denominadas relações de consumo, havidas entre fornecedor (art. 3.º, caput) e consumidor (art. 2.º), tendo por objeto a aquisição de produto (art. 3.º, § 1.º) ou a utilização de serviço (art. 3.º § 2.º), para destinação final do consumidor. São considerados consumidores, também, as vítimas do acidente de consumo (art. 17), as pessoas expostas às práticas comerciais (práticas abusivas, publicidade) e contratuais (art. 29), bem como a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2.º, parágrafo único).

No particular, portanto, ficam revogadas as leis materiais e processuais que forem incompatíveis com o sistema do CDC. O art. 90 manda aplicar às ações ajuizadas com base no Código a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e o Código de Processo Civil, quando houver omissão do CDC. A revogação desses outros diplomas pelo advento do CDC é, pois, pela especialidade.

Os sistemas processuais do CDC e da LACP são interligados, sendo aplicáveis indistintamente um ao outro reciprocamente, conforme determinam os arts. 90 do CDC e 21 da LACP, este último introduzido pelo art. 117 do CDC. Há, por assim dizer, perfeita interação entre os dois sistemas, que se completam e podem ser aplicados às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP.

Essa integração alargou as hipóteses de ação civil pública tratadas na Lei n.º 7.347/85, que, por força do art. 83 do CDC, não mais se restringem às ações de indenização por danos causados ao meio ambiente etc. Para a defesa daqueles direitos, é cabível toda e qualquer ação, como, por exemplo, a ação de invalidação de contrato administrativo que ofenda o meio ambiente.

**16. Os direitos tuteláveis pelo Ministério Público.** O art. 1.º do CDC diz que suas disposições são de ordem pública e interesse social. Isto que dizer, em primeiro lugar, que toda a matéria constante do CDC deve ser examinada pelo juiz *ex officio*, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre a preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o tribunal, inclusive, decidir com *reformatio in pejus*



permitida, já que se trata de questão de ordem pública<sup>(2)</sup>. A característica de as normas do CDC serem de interesse social faz com que seja obrigatória a participação do Ministério Público nas ações propostas com base no Código, a fim de exercer o mister institucional e constitucional de velar pelos interesses sociais (art. 127, caput, CF).

A defesa do consumidor pode ser exercida de modo individual ou coletivo. A defesa individual é exercida pelo que afirma ser titular do direito material invocado em Juízo. A defesa coletiva do consumidor, para a qual se encontra legitimado o Ministério Público (art. 82)<sup>(3)</sup>, pode ter por objetivo pretensão à tutela de direito difuso, coletivo e individual homogêneo, cujas definições estão no art. 81, parágrafo único.

**17. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.** Observamos o erro metodológico utilizado por doutrina e jurisprudência para qualificação de um direito como sendo difuso, coletivo ou individual. Correntemente vê-se a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares seria individual. A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial.

Da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o "Bateau Mouché IV", que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).

É difuso o direito ou interesse que atinge número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente factual, enquanto que seriam coletivos aqueles outros interesses e direitos pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base. Assim, a indeterminação dos titulares seria a característica básica dos interesses difusos, enquanto que a determinabilidade acusaria de coletivo o direito ou interesse. Ambos seriam de natureza indivisível.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles cujos titulares são perfeitamente individualizáveis, detentores de direito divisível. O que une esses titulares a ponto de propiciar a defesa coletiva desses direitos individuais é a origem comum do pedido que pretendem fazer em Juízo. Em suma, a ação para a tutela desses interesses individuais homogêneos nada mais é do que a **Class Action** brasileira (art. 91 e ss.).

O Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, n.º III, CF). Quanto aos individuais homogêneos, a legitimação do **Parquet** para defendê-los está nos arts. 127, caput e 129, n.º IX, ambos da CF e

2. Nelson Nery Junior, *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*, Ed. RT, São Paulo, 1990, n.º 3.10, pág. 199.

3. A remissão constante do art. 82 é ao art. 81, parágrafo único, e não ao art. 100, parágrafo único, como incorretamente constou do texto publicado no DOU.

art. 1.º do CDC. Relativamente aos direitos individuais puros, ou individuais em sentido estrito, não homogêneos, não há razão para o Ministério Público defendê-los em Juízo.

### III.1. Inquérito civil

**18. O inquérito civil e o Ministério Público.** A instauração do inquérito civil como medida administrativa preparatória de eventual ação civil pública é de atribuição do Ministério Público, como já constava do art. 8.º da LACP vindo posteriormente a ser elevada ao nível constitucional, como função institucional do **Parquet** (art. 129, n.º III, CF).

O art. 90 do Código é expresso ao mandar aplicar às ações movidas com base no CDC os dispositivos da Lei n.º 7.347/85 (LACP), inclusive no que respeita ao inquérito civil. Este importante instrumento, inserido na LACP por sugestão de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Junior<sup>(4)</sup>, é necessário para a colheita de material de suporte ao ajuizamento da ação civil pública, a fim de formar a convicção do Promotor de Justiça e evitar a propositura de ação temerária.

Por meio do inquérito civil o Ministério Público pode averiguar a existência de toda e qualquer circunstância que enseje a aplicação do Código. Pode, por exemplo, apurar a existência de dano por acidente de consumo a ser indenizado, de publicidade enganosa ou abusiva, de cláusula contratual abusiva, de práticas comerciais abusivas etc.

**19. Inquérito civil e ação penal.** Criado para, como regra, colher elementos para o ajuizamento da ação civil pública, o inquérito civil, instaurado sob a presidência do órgão do Ministério Público, pode prestar-se também para eventual ajuizamento de ação penal pública. Isto porque, se na colheita desse material, o Promotor de Justiça vislumbrar elementos que bastem para o oferecimento de denúncia, e, tendo ele atribuição para oficiar na esfera criminal, as peças do inquérito civil servem de base para tanto.

Com isso verifica-se que o inquérito civil pode ensejar o ajuizamento de ação civil pública e, a um só tempo, a propositura de ação penal pública. Esse sistema propicia ao Ministério Público melhor controle sobre os fatos que estão a merecer sua atuação funcional, sem que dependa ele da atividade da polícia.

**20. Controle administrativo das cláusulas contratuais.** O inquérito civil permite que o Ministério Público faça o controle administrativo das cláusulas contratuais nos contratos de consumo. Esse controle pode ser feito de modo abstrato ou **in concreto**. Este se dá quando oriundo de caso específico de relação de consumo já concluída; aquele, relativamente às cláusulas contratuais gerais, antes, portanto, de receberem a adesão do consumidor.

4. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Junior, *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, Saraiva, São Paulo, 1984, n.º 12, pág. 75; *idem*, *ibidem*, in "Teses e Relatórios do XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público de São Paulo", realizado em São Lourenço-MG em dezembro de 1983, Saraiva, São Paulo, 1984, n.º 12, pág. 100, sendo que estes autores propuseram redação de artigo de lei sobre o inquérito civil, como sendo art. 5.º e §§ do Anteprojeto que consta como apêndice da tese aqui referida, pág. 107. Esse texto é praticamente o do art. 8.º da LACP vigente.

Os vetos presidenciais aos §§ 3.º do art. 51 e 5.º do art. 54 não impedem o controle administrativo das cláusulas contratuais pelo Ministério Público, por meio do inquérito civil. Apenas o "caráter geral da decisão" do Ministério Público a respeito da cláusula é que ficou prejudicado pelo veto ao § 3.º do art. 51.

Pode haver composição extrajudicial amigável entre os interessados, devendo o Ministério Público observar se está sendo obedecida a ordem pública de proteção do consumidor.

Ao final do inquérito civil, verificando o Ministério Público que a cláusula é abusiva, portanto nula, poderá ajuizar ação civil pública buscando o controle judicial do contrato de consumo.

**21. Efeitos do inquérito civil.** O principal efeito oriundo da instauração do inquérito civil pelo Ministério Público é o mencionado pelo art. 26, § 2.º, n.º III do Código. Com efeito, a instauração do inquérito civil obsta a decadência do direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, relativos tanto aos produtos quanto aos serviços.

### III.2 Processo judicial

**22. Ações cabíveis.** Pelo art. 83 do Código, são admissíveis todas as ações e providências necessárias a fazer valer os direitos previstos no CDC. Assim, podem ser ajuizadas ações de conhecimento de qualquer espécie (meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas positivas e negativas), de execução, cautelares e mandamentais. O mesmo sistema vale para as ações movidas com base na LACP, já que o art. 83 do CDC a elas se aplica por expressa disposição dos arts. 90 e 117 do CDC, havendo este último acrescentado o art. 21 à LACP mandando aplicar à seu sistema o Título III (Defesa do Consumidor em Juízo) do CDC.

O Ministério Público pode, inclusive, impetrar mandado de segurança para a defesa dos direitos previstos no CDC, pois o art. 5.º, n.º LXIX, da Constituição Federal, garante a utilização da via do *mandamus* quando houver ofensa a Direito por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Esse direito violado pode ser individual, coletivo ou difuso, de sorte que, estando o Ministério Público legitimado para agir em Juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, n.º III, CF) e individuais homogêneos (arts. 127, *caput* e 129, n.º IX, CF e arts. 1.º e 82 do CDC), tem, *ipso facto*, legitimação para impetrar ordem de mandado de segurança.

Havendo necessidade de ajuizar-se ação cautelar, o Ministério Público poderá fazê-lo, por exemplo, para retirar de circulação, liminarmente, publicidade enganosa ou abusiva ou proibir a comercialização de produto altamente perigoso ou nocivo à vida, saúde ou segurança do consumidor.

**23. Antecipação da tutela definitiva.** A tutela cautelar tem por objetivo assegurar o resultado prático dos processos de conhecimento e de execução. Nada tem a ver com o mérito da ação dita principal, pois aquele que recebeu a tutela cautelar pode vencer ou sair vencido na ação de conhecimento ou de execução cujo resultado se pretendeu assegurar.

Entretanto, o art. 84, § 3.º, do Código, permite que o juiz *adiante* a tutela de mérito, como se estivesse *julgando procedente*, provisoriamente, o pedido. Somente poderá fazê-lo se for relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final. Para tanto, pode ou não essa decisão ser precedida de justificação prévia. A antecipação do provimento jurisdicional pleitea-

do é dada por decisão provisória, que poderá ser modificada a qualquer tempo antes da sentença, se deixarem de existir os pressupostos para sua concessão.

Estando essa permissão no § 3.º do art. 84, que trata da execução específica da obrigação de fazer, à primeira vista poder-se-ia pensar que somente esse tipo de tutela jurisdicional poderia receber o adiantamento pelo magistrado. Entretanto, observe-se que o art. 83 tem ampla abrangência, contemplando toda e qualquer circunstância que enseje tomada de posição do juiz no sentido de assegurar ao consumidor a efetiva tutela dos direitos previstos no Código. Assim como se tem admitido o adiantamento da tutela em sede de processo cautelar, inclusive com a liminar de que trata o art. 12 da Lei n.º 7.347/85, admite-se igualmente esse adiantamento da tutela definitiva em qualquer tipo de ação judicial ajuizada com fundamento no CDC. O § 3.º do art. 84 apenas indica que o procedimento da execução específica tem tratamento diferenciado daquele do sistema procedimental do CPC (arts. 639 e 641).

**24. Ações coletivas.** O consumidor pode mover qualquer ação individual para prevenir ou reparar lesão a direito seu garantido pelo Código. Essas pretensões envolvem a discussão de direito individual não homogêneo, vale dizer, de direito individual puro, em sentido estrito.

Além das ações individuais, o Código garante a defesa dos direitos nele previstos por meio das denominadas ações coletivas. As pretensões que caracterizam o direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo podem ser exercidas coletivamente, por meio das ações coletivas.

Como as normas de direito do consumo são de interesse social (art. 1.º), o Ministério Público atuará obrigatoriamente nas ações que não foram por ele propostas (art. 127, *caput*, CF).

**25. Class Action.** Pelos arts. 81, parágrafo único, n.º III e 91 e seguintes, o Código instituiu no sistema processual brasileiro a *class action*, a exemplo da ação de classe da regra n.º 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* do direito norte-americano.

Pode ser ajuizada por qualquer dos co-legitimados do art. 82, inclusive pelo Ministério Público que, se não a tiver proposto, intervirá no processo como fiscal da lei (art. 92).

Ajuizada a ação, expedir-se-á edital para conhecimento de terceiros, a fim de que os consumidores possam intervir no processo como litisconsortes (art. 94). Numa primeira fase, o juiz proferirá sentença condenatória, genérica, reconhecendo a responsabilidade do fornecedor pela indenização coletiva.

Transitada em julgado a sentença, poderá haver execução coletiva, para a qual podem habilitar-se os consumidores lesados que não hajam intervido na fase de conhecimento. Para isto é preciso que seja expedido novo edital, depois do trânsito em julgado da sentença.

A liquidação da sentença condenatória na *class action* é de suma importância, pois é nela que se fixará o *quantum debeatur*, o montante da indenização. Cada consumidor individualmente deverá comprovar a extensão de seu prejuízo a fim de que seja possível a execução da sentença condenatória.

**26. Legitimidade para a propositura das ações coletivas.** O Código legitimou as entidades mencionadas no art. 82, à propositura das ações coletivas na defesa dos direitos previstos no CDC. A novidade em termos de legitimação, em comparação com o antigo sistema da LACP, é que o Código concedeu personalidade judiciária



aos entes oficiais que têm como finalidade a defesa e proteção do consumidor, legitimando-os para agir em Juízo. Sob essa nova sistemática, os PROCONs têm legitimação para a causa e poderão ajuizar ações judiciais coletivas na defesa do consumidor (art. 82, n.º III).

Essa legitimação é **concorrente** e **disjuntiva**. Isto significa que cada um dos co-legitimados pode, sozinho, promover a ação coletiva, sem que seja necessária anuência ou autorização dos demais co-legitimados. O eventual litisconsórcio que se formar entre eles será facultativo e obedecerá ao regime desse tipo de cumulação subjetiva de ações, de acordo com as regras do CPC.

As associações civis que tenham como finalidade estatutária a defesa do consumidor poderão agir em Juízo por meio das ações coletivas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os sindicatos não mais são controlados pelo governo, de sorte que têm natureza e personalidade jurídicas de associação<sup>50</sup>, podendo, igualmente, mover ações coletivas para a defesa dos direitos previstos no CDC, observados os demais requisitos legais para que se reconheça essa legitimidade. Tanto os sindicatos quanto as associações têm legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5.º, n.º LXX, "b", CF). É de notar-se que as associações e os sindicatos podem, inclusive, agir no interesse individual dos integrantes da categoria, conforme autorização do art. 5.º, n.º XXI e 8.º, n.º III, CF, e art. 3.º, **caput**, da Lei n.º 8.073/90.

O juiz poderá, nos casos em que o Código especifica, dispensar o requisito da pré-constituição da associação ou sindicato ("instituídos há pelo menos um ano"), pois há situações em que a associação se forma **ex post factum**. A dispensa da pré-constituição é válida para todas as ações ajuizadas com base no CDC e na LACP, exceto para o mandado de segurança coletivo, pois o art. 5.º, n.º LXX, CF exige expressamente o requisito da pré-constituição das associações e sindicatos para que possam fazer uso da ação constitucional.

**27. Litisconsórcio e legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações coletivas.** O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação individual em nome do consumidor lesado, para pleitear a prevenção ou reparação do direito individual não homogêneo. Tem-na, contudo, para ajuizar as ações coletivas, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (**class action**) tratados coletivamente (art. 81, parágrafo único e art. 82).

O § 5.º do art. 5.º da Lei n.º 7.347/85 (LACP), acrescentado pelo art. 113 do CDC, aplicável às ações propostas com base no Código por força dos arts. 21 da LACP e 90 do CDC, permite o litisconsórcio entre o Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Isto significa que o Ministério Público estadual pode promover ação civil pública na Justiça Federal, sendo a recíproca verdadeira, pois ao Ministério Público da União é facultada a propositura de ação civil pública na Justiça estadual.

Na verdade não se trata de litisconsórcio puro, mas sim de representação da instituição do Ministério Público, que é uma e indivisível. O art. 128, CF, diz que o Ministério Público compreende: "I — o Ministério Público da União; II — os Ministérios Públicos dos Estados", em franca alusão à unidade e indivisibilidade da instituição. Quando o art. 5.º da LACP, bem como o art. 82 do CDC, falam em

estar legitimado o Ministério Público, estão considerando a instituição como um todo, não havendo necessidade de mencionar-se a divisão administrativa do **Parquet**, feita a título de facilitação do exercício de seus misteres constitucionais.

**28. Intervenção de terceiros.** O sistema do Código não permite a utilização dos institutos de intervenção de terceiros, notadamente da denunciação da lide e do chamamento ao processo, nas ações indenizatórias fundadas na responsabilidade objetiva (arts. 12, 14, 18, 19 e 20). O Código quer que o consumidor veja reconhecido seu direito de indenização prontamente, sem que haja discussão sobre culpa do fornecedor. Não seria justo que o fornecedor ajuizasse ação de denunciação da lide para discutir culpa de outrem que deva indenizar-lhe em regresso, retardando o procedimento indevidamente, por introdução de fundamento novo na demanda. A denunciação da lide está expressamente vedada (art. 88), facultando-se ao fornecedor prosseguir contra o terceiro nos mesmos autos.

**29. Ação de indenização.** O Código estabeleceu o sistema da responsabilidade objetiva do fornecedor, fundada na teoria do risco da atividade (art. 12 e ss.). Dois são os tipos de responsabilidade objetiva previstos pelo Código: a) a responsabilidade pelos acidentes de consumo (fato do produto ou serviço), dos arts. 12 a 17; b) a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço por inadequação (vícios redibitórios), dos arts. 18 a 20. Em qualquer dos dois casos a responsabilidade é objetiva, prescindindo da existência da culpa para que haja o dever de indenizar.

Isto não quer significar procedência automática do pedido indenizatório, pois devem estar demonstrados nos autos o dano e a relação de causalidade para que a pretensão seja acolhida. O consumidor deverá provar o dano e a relação de causalidade, podendo ser favorecido com a inversão do ônus da prova (art. 6.º, n.º VI), a critério do juiz.

A responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, averiguada a título de culpa (art. 14 § 4.º). Entretanto, a ação de indenização seguirá o sistema do CDC, podendo ocorrer a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Não é aplicável o art. 159 do Código Civil, revogado pelo CDC no que respeita às relações de consumo.

O Código adotou o sistema da **restitutio in integrum** (art. 6.º, n.º VI), de sorte que são incompatíveis com ele as indenizações tarifadas, limitadas. Assim, em se tratando de relação de consumo, estão revogados, por exemplo, os arts. 246, 251, 257, 260, 262, 269, 270 e 277, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86), art. 9.º da Lei sobre a Responsabilidade por Danos Nucleares (Lei n.º 6.453/77).

Como as pessoas expostas à publicidade são consideradas **ex lege** consumidores (art. 29), é-lhes garantido o direito de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva (art. 6.º, n.º VI).

É importante frisar que o Código admite expressamente a cumulação de danos patrimoniais e morais, pondo termo a antiga discussão que se formou, principalmente em face da jurisprudência do STF, sobre a não cumulatividade do dano moral com o patrimonial. Agora a lei a permite expressamente.

**30. Ações visando à proteção contratual do consumidor.** No que respeita ao momento pré-contratual da relação de consumo, o art. 30 do Código encerra o princípio da vinculação da oferta, que significa estar o fornecedor ofertante obrigado a dar cumprimento à oferta na exata medida em que foi realizada. Diferentemente da proposta do Código Civil, que é **intuitu personae** e se resolve em perdas e danos quando recusado seu cumprimento (art. 1.080, Código Civil), a oferta do CDC é de

50. Nelson Nery Júnior, MP: Interesses coletivos e a nova ordem constitucional, in "O Estado de S. Paulo" de 23.04.89, pág. 50.



caráter geral quanto ao destinatário e não se resolve em perdas e danos, mas sim enseja a execução específica da obrigação de fazer (art. 35, n.º I, c/c art. 84). A resolução da obrigação de cumprir a oferta em perdas e danos somente será efetivada se e quando o consumidor o desejar (art. 84, § 1.º), já que a regra do Código é a execução forçada específica. O procedimento da execução específica da obrigação de fazer (cumprimento da oferta) é o estatuído pelo art. 84 do Código, e não o previsto pelos arts. 639 e 641 do CPC: a regra especial prevalece sobre a geral.

No que respeita à relação de consumo já celebrada, podem ser ajuizadas ações visando ao controle concreto das cláusulas nos contratos de consumo, quando o consumidor individualmente procura discutir os termos de seu contrato com o fornecedor. O objetivo dessa ação poderá ser a nulidade da cláusula abusiva (art. 51) ou a modificação ou revisão da cláusula que estabeleça prestações desproporcionais ou de excessiva onerosidade em face da imprevisão (art. 6.º, n.º V).

O controle abstrato também é possível, quando se pretenda anular indiscriminadamente a cláusula do formulário-padrão utilizado para contratos de adesão estipulados pelo fornecedor, sem que se tenha em conta um caso concreto. O pedido deve ser feito de molde a que seja o fornecedor condenado a não contratar com aquela cláusula abusiva (art. 51), ou condenado a retirar ou alterar a redação da cláusula, e, ainda, condenado a chamar os consumidores que já celebraram o contrato, a fim de que seja feito aditivo de re-ratificação de acordo com o estabelecido pelo juiz na sentença (*recall*).

A legitimidade para a propositura da ação visando ao controle judicial das cláusulas contratuais não é exclusiva do Ministério Público, como à primeira vista parece indicar o art. 51, § 4.º do Código. Isto porque qualquer dos co-legitimados do art. 82 tem legitimidade para ajuizar qualquer tipo de ação judicial tendente a obter a tutela jurisdicional relativa aos direitos previstos no Código (art. 83). O § 4.º do art. 51 tem a função didática de indicar aos consumidores e às associações um caminho a seguir na questão do controle judicial das cláusulas dos contratos de consumo.

Não apenas os contratos de adesão estão sujeitos ao controle judicial (e administrativo do MP pelo inquérito civil), mas todo e qualquer contrato de consumo.

**31. Liminares no Código do Consumidor.** As ações ajuizadas com fundamento no Código sujeitam-se às regras procedimentais do próprio CDC, aplicando-se o sistema do Código de Processo Civil quando houver lacuna ou omissão do CDC. Assim, as ações de conhecimento poderão ser processadas pelo rito comum (ordinário ou sumaríssimo), observadas as particularidades processuais do CDC.

De outra parte, é também aplicável às ações do consumidor, individuais ou coletivas, o sistema da Lei n.º 7.347/85 (LACP), por expressa determinação do art. 90 do Código. A recíproca é verdadeira, sendo aplicáveis as normas processuais do CDC às ações propostas com base na LACP (art. 21, LACP).

A consequência dessa perfeita interação entre os vários sistemas processuais reguladores da tutela, em Juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, é que se admite a cumulação, na petição inicial da ação de consumo, de pedido de mandado liminar, conforme autoriza o art. 12, *caput*, da LACP. Assim como ocorre, por exemplo, nas ações ambientais propostas com fundamento na LACP, os co-legitimados do art. 82 poderão ajuizar qualquer ação objetivando proteção aos direitos previstos no Código, cumulando na petição inicial pedido de

concessão de mandado liminar, se presentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

**32. Assunção da titularidade ativa pelo Ministério Público.** Apenas no caso de desistência infundada da ação por qualquer legitimado (e não somente por associação autora), é que o Ministério Público deverá assumir a titularidade da ação coletiva.

A desistência da ação civil pública pelo Ministério Público é possível, pois não se estará maculando o direito material nela discutido. O que se veda ao substituto processual é a renúncia ao direito ou reconhecimento jurídico do pedido — que envolvem o direito material — e não a renúncia a faculdades meramente processuais, que deixam incólume o direito material. Pode o *Parquet*, portanto, renunciar ao poder de recorrer e desistir de recurso por ele interposto<sup>6</sup>.

A indisponibilidade, portanto, atinge somente o direito material e não as faculdades processuais do Ministério Público parte. O Ministério Público pode deixar de produzir determinada prova, desistir de prova já requerida, desistir de recurso, renunciar ao poder de recorrer e desistir da ação civil pública. Essa desistência da ação civil pode ocorrer, por exemplo, quando o Ministério Público verifica que a pretensão deduzida é infundada, quer pela prova produzida supervenientemente à propositura da ação, quer pelo exame dos elementos de convicção constantes dos autos submetidos a seu exame. Estará dispondo do direito processual, mas não do direito material por ele defendido no processo. Se for o caso, poderá repropor a demanda da qual anteriormente desistira, munido de novas provas ou novos elementos de convicção.

**33. Execução da sentença condenatória.** Quando o autor da ação coletiva quedar-se inerte por mais de sessenta dias, a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória, o Ministério Público tem o dever de promover a execução dessa sentença, em atendimento ao princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, conforme art. 15, da LACP. Aos demais co-legitimados, essa execução é facultativa.

**34. Litigância de má-fé.** Os sistemas processuais do CDC e da LACP, no que tange à condenação em custas e honorários e litigância de má-fé, estão em consonância com o art. 5.º, n.º LXIII, da CF, que regula o regime da ação popular constitucional.

Nas ações civis propostas com fundamento no Código, não haverá adiantamento de custas ou despesas processuais, nem condenação do vencido nos honorários advocatícios ou despesas processuais. Havendo comprovada má-fé, o autor pagará as verbas da sucumbência (custas e honorários), bem como o decuplo das custas processuais, sem prejuízo das perdas e danos.

Os diretores da entidade autora (órgão público, associação etc.) têm responsabilidade solidária com o órgão autor, no tocante à condenação por litigância de má-fé. A responsabilização apenas dos diretores de associação infringiria o princípio constitucional da isonomia.

**35. Prova nas ações do consumidor.** Todo e qualquer meio de prova permitido em Direito pode ser utilizado nas ações propostas com base no Código. A regra

6. Nelson Nery Júnior, Recursos no processo civil, cit., n.º 2.4.1.6., pág. 118. Modificamos, no particular, nossa opinião anterior (Ferraz-Milare-Nery, A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos, cit., n.º 9.2., págs. 42/43).

geral sobre o ônus da prova é aquela do art. 333 do CPC. Entretanto, nas hipóteses descritas no art. 6.º, n.º VIII, do Código, poderá o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, carregando-o ao fornecedor de produtos ou serviços. Essa inversão se dá **ope judicis** e não **ope legis**, devendo o juiz pautar-se pelas máximas de experiência para inverter ou não o ônus da prova.

A inversão do ônus da prova pode ocorrer em qualquer ação ajuizada com fundamento no Código, inclusive nas de indenização por fato do serviço dos profissionais liberais, cuja responsabilidade é subjetiva e aferível mediante culpa.

Inversão do ônus da prova não é instituto estranho ao direito processual civil tradicional, pois a interpretação a **contrario sensu** do art. 333, parágrafo único, do CPC, indica ser possível a convenção sobre o ônus da prova, diversamente do sistema estabelecido pela lei. As críticas que têm sido feitas à adoção do princípio pelo CDC são, pois, destituídas de fundamento.

Em se tratando de ação onde seja necessária a prova da enganiosidade ou abusividade da publicidade, o art. 38 do CDC estipula expressamente que o ônus compete ao fornecedor, de sorte que aqui não se há falar em inversão do ônus da prova, mas em determinação **ex lege** do ônus a cargo do fornecedor.

**36. Coisa julgada.** O sistema tradicional da coisa julgada foi substancialmente alterado pelo CDC, em razão da necessidade de tutelar-se de outra forma os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isto porque os institutos ortodoxos do direito processual não mais atendem à realidade atual, de sorte que se deve abandonar a tratativa processual fulcrada no individualismo do início do século.

Estabeleceu-se o sistema da coisa julgada **secundum eventum litis**.

Nas ações coletivas com pedido de natureza difusa ou coletiva, a coisa julgada será **erga omnes**, ou **ultra partes** (mas limitada ao grupo ou categoria). No caso de improcedência por insuficiência de provas, não haverá autoridade da coisa julgada, a exemplo do que ocorre no sistema da ação popular constitucional. Isto quer dizer que o próprio autor ou qualquer outro co-legitimado poderá repropor a ação, valendo-se de nova prova.

Nas ações coletivas para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, a coisa julgada terá efeitos **erga omnes**, em benefício do consumidor (**in utilibus**), somente se houver procedência do pedido. Na eventualidade de o pedido ser julgado improcedente, seja por ser infundada a pretensão ou mesmo por insuficiência de provas, essa circunstância não inibe a ação individual do consumidor com o mesmo objeto. Mesmo à luz dos institutos da litispendência e coisa julgada do CPC, não teria havido, aqui, identidade de ações, pois as partes da ação coletiva (co-legitimados do art. 82) e da ação individual (consumidor individual) seriam distintas.

Em qualquer hipótese, os efeitos da coisa julgada **erga omnes** e **ultra partes** relativos às ações coletivas para a defesa de direitos e interesses difusos e coletivos não prejudicarão os direitos individuais dos consumidores integrantes do grupo, categoria ou classe (art. 103, § 1.º).

Esse sistema nada tem a ver com o regime da responsabilidade civil estatuído pelo Código (responsabilidade objetiva), pois haverá o dever de indenizar se provadas a existência do dano e a relação de causalidade, não sendo, pois, automática, a condenação sistemática do fornecedor.

As ações coletivas não induzem litispendência, de sorte que o consumidor individual pode propor ação de indenização, v.g., mesmo na pendência de ação coletiva para a defesa de seus direitos individuais (art. 104). Convém anotar que a remissão que o art. 104 faz ao parágrafo único, do art. 81, é sempre aos incisos I e II, e não II e III como constou do texto publicado no DOU.